



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA**  
**Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD**  
**PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU**  
**CURSO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO**

**EDIZIO CERQUEIRA DOS SANTOS**

**OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:  
CLÁUSULAS EXORBITANTES E SEUS EFEITOS NA RELAÇÃO  
CONTRATUAL**

Brasília-DF  
2010

**EDIZIO CERQUEIRA DOS SANTOS**

**OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:  
CLÁUSULAS EXORBITANTES E SEUS EFEITOS NA RELAÇÃO  
CONTRATUAL**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD), como pré-requisito para a obtenção do Certificado de Conclusão do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo Contemporâneo.

**Orientadora:** Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Heloisa Cavalcante Fernandes.

Brasília-DF  
2010

**EDIZIO CERQUEIRA DOS SANTOS**

**OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:  
CLÁUSULAS EXORBITANTES E SEUS EFEITOS NA RELAÇÃO  
CONTRATUAL**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD), como pré-requisito para a obtenção do Certificado de Conclusão do Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo Contemporâneo.

**Orientadora:** Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria Heloisa Cavalcante Fernandes.

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. ....

---

Prof. Dr. ....

---

Prof. Dr. ....

Dedico esta obra a todos que reconhecem que a força do direito deve superar o direito da força. Portanto, nele temos a raiz da vontade humana, o começo de tudo, produto visível que dá sentido ao legal, concreto e real.

(EDÍZIO)

## **AGRADECIMENTOS**

Quero registrar primeiramente minha gratidão a Deus, que me deu o Dom da Vida, me presenteou com a liberdade, me abençoou com a inteligência, me deu a graça e a perseverança de lutar para desenvolver esse trabalho de pós-graduação.

Aos meus amigos, companheiros de estudo e ajuda nos trabalhos; pela larga experiência.

Aos professores do UniCEUB por repartir comigo seus conhecimentos.

A todos que direta ou indiretamente contribuíram para a realização desta obra.  
Muito Obrigado!

O Direito não pode permanecer alheio nem retardatário na apresentação de soluções que dependam de suas normas e seus princípios. Para uma nova realidade nacional, impõe-se um Direito Administrativo renovado e contabilizado com as contemporâneas exigências e necessidades da Administração e dos administrados.

(MEIRELLES, 1990)

## RESUMO

Esta monografia tem por tema os Contratos Administrativos, cláusulas exorbitantes e seus efeitos na relação contratual. É assunto de extrema relevância para estudos jurídicos modernos. A pesquisa bibliográfica analisou fontes diversas e teve como problema central as interferências das cláusulas exorbitantes nas relações contratuais com o particular, buscando mostrar no capítulo um o referencial teórico, evolução histórica, teoria dos contratos, princípios basilares e apresentação das cláusulas, discutindo a constitucionalidade delas. O capítulo dois aponta a diferença entre os contratos públicos e privados. O capítulo três trata da análise jurisprudencial nas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e a conclusão dá resposta à situação problema que motivou a pesquisa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos Administrativos. Cláusulas. Relação contratual. Direito Público. Contratado.

## ABSTRACT

This monograph is subject to Government Contracts, exorbitant clauses and their effect on the contractual relationship. It is matter of great relevance to modern legal studies. The literature has examined different sources and had as its central problem of interference exorbitant clauses in contractual relations with the particular chapter in an attempt to show the theoretical, historical development, contract theory, basic principles and presentation of terms, discussing the constitutionality of these . Chapter two shows the difference between public and private procurement. Chapter three deals with the analysis of case-law in terms of exorbitant administrative contracts and completion is in response to the situation which led the search problem.

**KEYWORDS:** Government Contracts. Clauses. Contractual relationship. Public Law. Contractor.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>09</b>
<b>1 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>12</b>
1.1 Evolução Histórica .....	13
1.2 Teoria dos Contratos .....	15
1.3 Princípios Basilares e Cláusulas .....	22
<b>2 CONTRATOS PÚBLICOS E PRIVADOS .....</b>	<b>26</b>
2.1 Legislação aplicável aos Contratos Públicos .....	29
2.2 Competência para legislar sobre Contratos Administrativos .....	33
2.3 Prazo de Duração dos Contratos Administrativos .....	36
2.4 Danos pela má interpretação dos contratos e reparações .....	37
<b>3 JURISPRUDÊNCIA SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS .....</b>	<b>39</b>
3.1 A uniformização jurisprudencial .....	41
3.2 Cláusulas necessárias nos contratos públicos brasileiros .....	42
3.3 As Cláusulas Exorbitantes na relação contratual .....	43
3.4 Os efeitos das Cláusulas Exorbitantes na relação contratual ....	49
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>52</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>55</b>

## INTRODUÇÃO

A Administração Pública firma os seus compromissos recíprocos com terceiros por meio de contratos administrativos sujeitos as normas especiais de direito público e, supletivamente, as normas de direito privado, na busca ao atendimento do interesse público. Portanto, a pesquisa em foco trata sobre “Contratos Administrativos: cláusulas exorbitantes e seus efeitos na relação contratual”.

A obra esposada aborda os contratos administrativos, em linhas gerais, tendo por fulcro introdutório analisar a literatura, bem como examinar e avaliar o instituto de direito administrativo caracterizado pela Administração que se vale de contratos regidos pelo Direito Privado como, por exemplo, para compra e venda de um imóvel, locação de edifícios para instalação de repartições públicas, etc.

Assim, em virtude da posição da Administração evidenciam-se dúvidas e contradições no campo do direito administrativo, tendo em vista a existência das chamadas cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, que concedem prerrogativas especiais à Administração na relação contratual, em virtude dessas cláusulas não serem claras, em razão de suas expressões ou termos não serem precisos. Assim, interpretar o contrato administrativo é buscar o verdadeiro sentido de suas cláusulas.

Portanto, a supremacia do interesse público sobre o privado distingue nos contratos que a Administração poderá modificar ou rescindir unilateralmente, fiscalizar sua execução, aplicar aos administrados sanções administrativas, reter créditos decorrentes do contrato, assumir provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto contratado, dentre outras prerrogativas, calcadas em importantes princípios; dentre eles, o princípio da indisponibilidade do interesse público, do qual provêm outros tantos.

Cabe ao Estado o importante papel de minimizar as acentuadas diferenças no processo de interpretação jurídica sobre os contratos administrativos, iniciando sob o prisma do art. 37, inciso XXI da Constituição Federal regulamentado pela Lei nº 8.666/93 que institui normas para qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que aja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações

recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Portanto, essa obra é um convite a que mais pessoas se empenhem para que esses novos tempos pareçam menos apavorantes e ansiogênicos, explorando a vertente da invenção criativa do homem mostrando que ainda não foi possível sistematizar plenamente os contratos administrativos. Há dúvidas e contradições, além das cláusulas exorbitantes e seus efeitos que evidenciam dissensos entre doutrina e lei, no campo dessa importante área do direito administrativo.

A narrativa desta obra torna evidente que nos contratos firmados pela administração a imposição da conjugação de interesses opostos e recíprocos, na realização da finalidade pública que ensejou a avença e o interesse do particular em obter lucro, cuja previsão se encontra nas cláusulas econômico-financeiras e monetárias do contrato.

Uma análise mais cuidadosa mostra o conflito de interesses que, sem dúvida aparente, busca favorecer a interpretação harmoniosa e evitar qualquer contradição, sobretudo se for considerada a Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal (CF).

No bojo de todas estas questões levantadas, encontra-se um problema fundamental: “como as cláusulas exorbitantes interferem nas relações contratuais com o particular?” Por outro lado, o presente estudo foi motivado pela necessidade de distinguir os contratos administrativos, em linhas gerais dos contratos de direito privado pela existência das chamadas cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, que concedem prerrogativas especiais à Administração na relação contratual, em virtude de sua posição prevalecente em referência à parte contratada.

Portanto, será proposto por meio desta pesquisa buscar respostas formulando hipóteses, a saber: (1) os contratos administrativos têm fisionomia própria bem delineada pelo estudo das cláusulas exorbitantes que garantem à Administração posição privilegiada na relação jurídica com o contratado; (2) os aspectos distintos dos contratos administrativos em relação aos contratos privados têm o foco voltado para os efeitos das cláusulas exorbitantes.

Considerando o manifesto, o leitor encontrará aqui, um estudo que tem como justificativa a importância das peculiaridades dos contratos administrativos reputadas mais relevantes, e determinados temas polêmicos abrangendo opiniões divergentes.

Essa pesquisa objetiva analisar a Lei nº 8.666/93 que trata da regulamentação dos contratos administrativos; bem como, examinar os artigos que envolvem as cláusulas exorbitantes e seus efeitos na relação contratual. Portanto, pretende reunir subsídios para as argumentações que proporcionam respostas à situação problema deste trabalho. Desta forma, para que os objetivos propostos sejam atingidos, serão realizados: levantamento da bibliografia; seleção bibliográfica e seleção da documentação a ser utilizada; leitura analítica do material pesquisado; fichamento dos assuntos levantados na pesquisa. (GIL, 1999, p. 76).

A pesquisa bibliográfica e documental busca respostas às indagações propostas no trabalho e determinam as relações entre seus componentes.

O trabalho será organizado da seguinte forma: o Capítulo 1 versa sobre o referencial teórico com evolução histórica, a teoria dos contratos, seus princípios basilares e apresentação das cláusulas, inclusive as exorbitantes, discutindo a constitucionalidade ou não destas. O Capítulo 2 aponta a diferença entre os contratos públicos e privados e a inserção das cláusulas exorbitantes nas diversas modalidades contratuais e seus efeitos. O Capítulo 3 versa sobre a análise jurisprudencial do emprego de tais cláusulas nos contratos administrativos. A Conclusão versa sobre as considerações finais referentes ao tema e baseadas no resultado da pesquisa bibliográfica e documental, bem como dá resposta à situação problema e se os objetivos propostos foram alcançados.

Realmente o estudo que envolve a pesquisa aponta e fundamenta a necessidade de se verificar a natureza dos contratos da administração pública no sentido de respeitar as exigências relativas à forma, ao procedimento, à competência e à finalidade, decorrentes da aplicação das normas de direito público.

## 1 OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A história da humanidade registra que o homem por ser sociável necessita constantemente se relacionar com seu semelhante. Portanto, surgiram os acordos advindos de suas relações cotidianas, como garantia para assegurar o cumprimento de obrigações assumidas entre partes.

Segundo Morand-Deviller (1999, p. 403) no berço das convivências nascem os contratos como instrumentos de garantia de acordos firmados. Porém, na medida em que a civilização se desenvolvia, novas transações surgiram e o homem se viu obrigado a celebrar pactos formais com os demais integrantes da sociedade.

As ideias da autora citada muito contribuíram para o desenvolvimento e consolidação da figura contratual com predomínio da linha francesa na sua evolução.

Segundo Cretella Júnior (1990) o formalismo do contrato no direito romano surgiu para transformar-se num instrumento cuja validade e eficácia decorriam do fato de ser uma manifestação volitiva do indivíduo. O embasamento do autor justifica-se para apontar a vontade do povo com referência ao contrato no meio jurídico. E a evolução histórica do contrato administrativo foi acontecendo; e, em consequência deu origem aos pactos, instrumentos vinculatórios que inicialmente faziam o papel de lei entre as partes.

Entretanto, de acordo com Cretella Júnior por longo tempo entendeu-se que o pacto devia ser respeitado com rigor, pois refletia um ato de liberdade individual, tendo em vista que pela sua própria natureza, e por decorrer de um acordo de vontade, devia ser considerado justo e, conseqüentemente, era intangível, devendo ser executado, custasse o que custasse, de acordo com a intenção das partes, ressalvada tão somente a ocorrência da força maior e do caso fortuito.

Entretanto Pereira (1990) complementa as ideias de Cretella Júnior quando afirma que a causa pactual aparece no direito comum na doutrina romanista, especialmente entre os canonistas. A obrigação, segundo o autor citado, nasce da vontade do obrigado sempre que existir uma *causa* que a explique e a justifique. Só o intercâmbio de prestações lícitas e úteis constitui a justificação da validade do pactuado, já que o contrato é um ato humano inserido em um sistema ético e, algo

mais que um simples intercâmbio de consentimentos. Portanto, para a doutrina medieval (séculos XVII e XVIII) o contrato só vincula quando reúne condições de veracidade, de moralidade, de reciprocidade e interdependência, de equivalência das prestações.

Com efeito, os limites da autonomia da vontade contratual, ordem pública e bons costumes, são normas cogentes prescritas pelo direito positivo que integram a disciplina dos contratos, limitando a ação livre do declarante, com o escopo de evitar a perturbação do grupo social (PEREIRA, 1990, p. 9).

## 1.1 Evolução Histórica

Em virtude da reduzida dimensão deste estudo, a evolução histórica dos contratos administrativos será bem sucinta e abordará apenas os fatos reputados mais relevantes.

Em 1902, com a "querela do gás e da eletricidade" que originou uma lide na Prefeitura de Bordeaux, na França nascia um contrato diferenciado daquele do direito privado, onde as cláusulas exorbitantes são a regra, vindo a ser chamado de "contrato administrativo." (PEREIRA JÚNIOR, 1993, p. 1).

Segundo Medauar (1999) a utilização dos contratos administrativos é relativamente recente, tendo em vista que, ainda no início do século XX, quando a Administração Pública contratava com o particular, sujeitava-se ao regime de direito privado, colocando-se na mesma posição do contratado, isso devido às fortes concepções privatistas do século XIX. Portanto a Administração não podia efetuar alteração unilateral do contrato, ainda que por clamor do interesse público.

No Brasil, o Decreto nº 4.536 de 28/01/1922 que organizou o Código de Contabilidade Pública da União de 1922, em seu art. 76, já dizia que:

os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo das vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto à sua estipulação, a aprovação e execução das normas prescritas no presente código.

Posteriormente, o Decreto-Lei 200, de 25/02/1967, hoje revogado, no Título XII, tratou das normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações. Entretanto, esse decreto-lei foi omissos nos artigos de 125 a 144,

desse título, onde se encontrava a palavra *contrato*. Todavia não houve, por parte do legislador, preocupação em conceituá-lo (PEREIRA JR, 1993, p. 9).

Para Cretella Júnior (1989) foi com o advento do Decreto-Lei 2.300/86 que o contrato administrativo veio assim disciplinado, em seu art. 44 com o seguinte teor: “os contratos administrativos de que trata este Decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente disposições de direito privado.”

Vários autores, dentre eles, Borges (1991) são unânimes em afirmar que o Decreto-Lei nº 2.300/86 inovou ao apresentar normas gerais para os contratos administrativos.

A autora prossegue apontando a Constituição Federal, promulgada em 1988, como a primeira a fazer referência ao contrato administrativo, como contrato diferenciado dos empregados em direito privado. Assim, no inciso XXI de seu artigo 37 estabelece

ressalvados nos casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Para Borges, a Carta Magna também reservou exclusividade ao legislador federal para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, conforme art. 22, inciso XXVII.

Por sua vez, a Lei nº 8.666/93, que rege atualmente a matéria, no parágrafo único de seu artigo segundo, define o contrato administrativo como sendo, “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

Finalmente, no entendimento de Justen Filho (1999), “a parte final do artigo segundo, parágrafo único da Lei 8.666/93 possui um vício insuperável.” Ao utilizar a expressão *estipulação de obrigações recíprocas*, o legislador não foi feliz, pois confundiu o modo de formação do negócio jurídico com sua eficácia. Segundo o autor, para haver um contrato, é indispensável existir a vontade de duas partes.

## 1.2 Teoria dos Contratos

Com o advento do Código Civil em 2002, surgiu uma nova ideia sobre a teoria geral dos contratos, baseada em princípios importantíssimos para se evitar os excessos que a obrigatoriedade da Convenção de Viena/1969, ou seja, o “*pacta sunt servanda*”<sup>1</sup> trazia para as relações contratuais. Portanto, o entendimento prevalecente sobre a teoria dos contratos apontava que o contrato trazia em sua concepção interesses divergentes, que nele encontravam uma forma de solução, como acontece nos casos da compra e venda, da locação, da empreitada, etc.

Os contratos que constituem liberalidades são relativamente menos importantes, e só a partir de 2002, na vigente legislação civil, é que a doutrina recebeu sua codificação civil explícita nos princípios nela existentes, haja vista que, as brilhantes inovações trazidas pela legislação consumerista na década de 90, no século passado, foram, sabiamente, incorporadas, nos chamados contratos de colaboração, de cooperação e de organização que existem tanto no direito privado quando no direito público (MARTINS-COSTA, 2002).

Entretanto, nos últimos anos o referido entendimento cedeu lugar tanto na doutrina como na jurisprudência, a uma relação onde os partícipes buscam entre si uma união de interesses equilibrados pautados pela confiança mútua, a exemplo do que leciona Wald,

atualmente, o contrato se transforma num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, num vínculo ou até numa entidade. Vínculo entre as partes, por ser obra comum destas; e, entidade, por ser constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes (WALD, 2009, p. 223).

Wald prossegue seu postulado conceituando o contrato dinâmico e flexível, em que as partes querem e devem adaptar para que ele possa sobreviver, superando, algum eventual sacrifício de interesse das partes e, também as dificuldades encontradas no decorrer da sua existência. Portanto, permite

<sup>1</sup> Significa que o contrato faz lei entre as partes, que o pacto deve ser respeitado.



que transforme a natureza do contrato, fazendo com que os interesses anteriores sejam convertidos em parceria, na qual fazem valer os esforços para subsistir o vínculo entre os contratantes, desde que sejam respeitados os direitos individuais.

Wald (2009, p. 240) buscou estabelecer uma verdade científica ao afirmar que “a evolução conceitual desse importante instrumento de mediação de interesses é de que deve preponderar nas relações contratuais o consenso.” Portanto, deve haver cautela quanto a licitude na retirada de vantagem maior do que a reacionalmente aceitável, tanto no momento da celebração do contrato como da sua execução.

Gonçalves (2010, p. 22) partilhando das ideias de Wald nesse entendimento, torna oportuno trazer a lume a conceituação doutrinária para o termo contrato como “uma espécie de negócio jurídico que depende, para a sua formação, da participação de pelo menos duas partes” sendo caracterizado como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral. Tendo em vista que a referida bilateralidade assenta-se na necessidade de, no mínimo, duas declarações de vontade, ou de várias delas para torná-lo plurilateral.

Importante destacar que no entendimento de Gonçalves (2010, p. 23) o contrato não se restringe ao direito das obrigações, estendendo-se a outros ramos do direito privado (o casamento, p. ex., é considerado um contrato especial, um contrato do direito de família) e também ao direito público (são em grande número os contratos celebrados pela Administração Pública, com características próprias), bem como toda espécie de convenção.

Nesse enfoque delimitado por Gonçalves (2010, p. 24), o contrato materializa-se pela autonomia de vontade e obrigações recíprocas entre as partes, de forma que a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Segundo o autor citado “o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.”

Neste sentido, as relações contratuais se apresentam com interesses em que as partes se mostram paralelas de modo que apenas se obrigam mutuamente a combinar seus esforços ou recursos para lograr um fim comum. (GONÇALVES, 2010, p. 26).

### 1.2.1 Princípios Gerais dos Contratos

O posicionamento extremamente individualista nas relações contratuais, era adotado até o início do século XXI, onde prevalecia o interesse privado do indivíduo em detrimento do coletivo. Mas, com a implantação da legislação vigente através do atual Código Civil (2002), o referido posicionamento sofreu mudança substancial, perdendo espaço o interesse individual para o coletivo nas relações contratuais.

Com a promulgação da Lei nº 10.406, de 10/01/2002, as relações contratuais passaram a se realizar através de um novo prisma, conforme expresso no art. 421: “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.” Portanto, cabe aqui enumerar e comentar de forma sucinta alguns dos princípios gerais dos contratos:

- I. *Princípio da dignidade da pessoa humana* - é um princípio absoluto, de valor coletivo, mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se incluem a possibilidade de trabalho e a garantia de condições existenciais mínimas.
- II. *Princípio da autonomia da vontade* - nele se funda a liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.
- III. *Princípio da supremacia da ordem pública* - assenta-se na liberdade de contratar como poder conferido às partes de suscitarem os efeitos que pretenderem, sem a imposição do que dispõe a lei. Esta só é aplicada subsidiariamente, quando há silêncio das vontades contratantes. Este princípio inclui a liberdade de estipular o contrato e determinar o seu conteúdo.
- IV. *Princípio da força obrigatória dos contratos* - recebe também nomes como *Pacta Sunt Servanda*, princípio da Força Vinculante dos Contratos, princípio da Intangibilidade dos Contratos ou princípio da Obrigatoriedade das Convenções que encontra seu fundamento de existência na vontade que faz nascer os contratos.
- V. *Princípio da relatividade dos efeitos do negócio jurídico contratual* - é um

fator que não aproveita nem prejudica terceiros, vinculando exclusivamente as partes que nele intervierem.

VI. *Princípio da função social do contrato* - é um fator limitador positivo, não somente da liberdade de contratar, mas também da liberdade contratual, que diz respeito à fixação do conteúdo contratual.

VII. *Princípio da boa-fé objetiva* - é um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença. (SANTOS, 2002).

Esses princípios gerais citados importam no reconhecimento de que o contrato não pode mais ser considerado como direito absoluto, devendo estar ligado ao instituto jurídico da igualdade. (REALE, 2005).

Portanto, fomentando a função social do contrato esculpida no artigo 422 da Lei nº 10.406/2002 que diz serem “os contratantes obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Em vista disso, para entender o contrato dentro deste novo contexto que apresenta a legislação é necessário romper com a estrutura apresentada na vigência da legislação anterior, “*pacta sunt servanda*”<sup>2</sup> à época do Código Beviláqua<sup>3</sup> que, tinha um caráter absoluto (REALE, 2005).

### 1.2.2 Autonomia da Vontade

Este princípio da autonomia da vontade se alicerça na liberdade contratual dos contratantes de disciplinarem seus interesses mediante acordo de vontades, consistindo no poder de escolher o tipo, o objeto e o conteúdo do contrato de acordo com os interesses desejados. As partes têm a liberdade de celebrar ou não contratos sem a interferência direta do Estado. Nessa esteira, o Estado intervém quando necessário assegurar a execução do contrato não cumprido, ou seja, para fazer

<sup>2</sup> *Pacta sunt servanda* é um brocardo latino que significa “os pactos devem ser respeitados” ou mesmo “os acordos devem ser cumpridos”. É um princípio base do Direito Civil e do Direito Internacional ([http://pt.wikipedia.org/wiki/Pacta\\_sunt\\_servanda](http://pt.wikipedia.org/wiki/Pacta_sunt_servanda)).

<sup>3</sup> Código Civil de 1916, escrito por Clóvis Beviláqua.

valer o acordo empenhado e não honrado. (FERRAZ JR, 2002, p. 87-88).

Em se tratando de autonomia da vontade, Amaral Neto acrescenta:

a autonomia existe em decorrência da liberdade de contratar, configura poder jurídico, consubstanciado na possibilidade do sujeito atuar com a finalidade de modificar situações jurídicas subjetivas, próprias ou de outrem, o que no plano dos contratos importa na condição de escolher com quem, quando e como contratar. (AMARAL NETO, 2002, p. 11).

Explicitando essa ideia de Amaral Neto sobre autonomia da vontade numa formulação mais complexa tem-se que

o revestimento do aspecto de liberdade de contratar e da liberdade contratual. Liberdade de contratar é a faculdade de realizar ou não determinado contrato, enquanto a liberdade contratual é a possibilidade de estabelecer o conteúdo do contrato. (WALD, 2009, p. 210).

O autor citado apresenta seu ponto de vista quando mostra que diante da necessidade de se resguardar o interesse social sempre prevalecerá o confronto com o particular, dada a preocupação crescente com os efeitos do contrato na sociedade e não somente entre as partes.

Nesse particular, Gonçalves (2010, p. 43) foi categórico em afirmar que tem aumentado consideravelmente as limitações à liberdade de contratar, pois a vida em sociedade obriga as pessoas a realizar frequentemente, contratos de toda espécie, como o de transporte, de compras de alimentos, de aquisição de jornais, de fornecimento de bens e serviços públicos (energia elétrica, água, telefone, etc.). Entretanto, a liberdade de escolha sofre, hoje, restrições, como nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio e nos contratos da ordem pública, principalmente, pelas exigências e supremacia.

Portanto, Gonçalves reforçou seu pensamento ao afirmar que a liberdade na contratação sofre amplas restrições tanto em relação ao conteúdo quanto a liberdade de se contratar, relativizando o princípio da autonomia da vontade frente à prevalência da supremacia do interesse público sobre o particular.

Segundo Marques (2001) a liberdade como autonomia da vontade, na perspectiva do relacionamento de um ser livre com outro ser igualmente livre, permite perceber, principalmente no contrato de adesão, que o exercício da autonomia

da vontade de um é sempre limitado pelo exercício da autonomia do outro.

Desse modo, o detalhe mais importante nas relações contratuais fundadas na autonomia da vontade envolve correlações de força, na qual uma das partes pode impor a sua vontade (poder) e, com isso, limitar a autonomia da outra ao extremo.

Portanto, o princípio da autonomia da vontade, nestes casos, é uma mera ilusão e, não passa de uma simples aparência; é uma forma sutil do exercício do poder, logo o princípio da autonomia nesses casos, não é absoluto. (MARQUES, 2001).

### 1.2.3 Função Social do Contrato

A função social do contrato significa o mais importante princípio da moderna Teoria dos Contratos, em busca do contrato constitucionalizado, ou seja, do contrato que concilie a livre iniciativa à justiça social. Portanto, segundo Reale (2005) “exprime a necessária harmonização dos interesses privativos dos contraentes com os interesses de toda a coletividade; isto é, a compatibilização do princípio da liberdade com o da igualdade.”

O artigo 421 do Código Civil/2002 determina que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

De acordo com Reale o imperativo da “função social do contrato” estatui que este não pode ser transformado em um instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, uma vez que, nos termos do Art. 187 da Lei nº 10.406/2002, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Neste sentido, o legislador deixa claro que não há razão alguma para se sustentar que o contrato deva atender tão somente aos interesses das partes que o estipulam, porque ele, por sua própria finalidade, exerce uma função social inerente ao poder negocial que é uma das fontes do direito, ao lado da legal, da jurisprudencial e da consuetudinária. (REALE, 2005).

### 1.2.4 Obrigatoriedade dos Contratos

Não se pode falar em contrato sem autonomia da vontade. Contrato sem

vontade não é contrato.

Tradicionalmente, desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.

Esse princípio se alicerça justamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. (REALE, 2005).

Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Esse princípio teve o seu apogeu após a Revolução Francesa, com a predominância do individualismo e a pregação de liberdade em todos os campos, inclusive no contratual.

Segundo Reale (2005) o princípio da autonomia da vontade serve de fundamento para a celebração dos contratos atípicos, de acordo com o artigo 425 do CC que dispõe ser "lícito às partes a celebração de contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais fixadas no Código." Portanto, contrato atípico é o que resulta de um acordo de vontades não regulado no ordenamento jurídico, mas gerado pelas necessidades e interesses das partes. (É válido, desde que estas sejam capazes e o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e suscetível de apreciação econômica).

Tem aumentado consideravelmente as limitações à liberdade de contratar. Assim, o licenciamento de veículo, por exemplo, é condicionado à celebração do seguro obrigatório.

Também a liberdade de escolha do outro contratante (de contratar com quem quiser) sofre, hoje, restrições, como nos casos de serviços públicos concedidos sob regime de monopólio e contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor.

Outro fato merecedor de destaque é o poder de estabelecer o conteúdo do contrato (de contratar sobre o que quiser) que sofre também, hodiernamente, limitações determinadas pelas cláusulas gerais especialmente as que tratam da função social do contrato, da boa-fé objetiva, e do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, Reale reafirma que o princípio da autonomia da vontade confere a liberdade de se contratar, ou seja, ninguém é obrigado a fazê-lo. Por outro lado, uma vez contratado e sendo válido e eficaz a avença, deve

ser cumprida pelas partes: *pacta sunt servanda*.

Segundo preceitua o autor citado, tal obrigatoriedade também não é absoluta. Limita-se a obrigação contratual pela ocorrência do caso fortuito ou força maior consignado no artigo 393, parágrafo único do Código Civil, em que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir.

#### 1.2.5 Revisão dos Contratos

Opõe-se tal princípio ao da obrigatoriedade, pois permite aos contraentes recorrerem ao Judiciário, para obterem alteração da convenção e condições mais humanas, em determinadas situações (REALE, 2005).

Segundo o autor citado, a revisão dos contratos originou-se na Idade Média, mediante a constatação, atribuída a Neratius (pensador romano), de que fatores externos podem gerar, quando da execução da avença, uma situação muito diversa da que existia no momento da celebração, onerando excessivamente o devedor e resultando na teoria da imprevisão.

A teoria da imprevisão consiste basicamente na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se exageradamente onerosa, o que, na prática, é viabilizado pela aplicação da cláusula *Rebus Sic Stantibus*, que permite aos contratantes recorrerem ao judiciário na busca de alteração do contrato em situações específicas.

O legislador do Código Civil concebeu na redação do art. 478 que nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a revisão do contrato. (REALE, 2005).

Entretanto, Reale destaca que a teoria da imprevisão não se aplica indistintamente aos contratos, por que seria colocar sob risco a segurança jurídica; a ideia é socializar o direito como mandamento constitucional.

### 1.3 Princípios Basilares e Cláusulas Gerais

No Estado constitucional democrático qualquer segmento do direito deve ser compreendido sob o prisma dos princípios constitucionais que são fontes para qualquer ramo do direito, norteados tanto a sua formação quanto a sua aplicação.

Conforme ensinamento de Mello (1981, p. 230) “princípio basilar é o conhecimento que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.”

Entretanto para Ávila (2006), os princípios basilares são “normas de grande relevância para o ordenamento jurídico, na medida em que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento.”

### 1.3.1 A importância dos princípios basilares

Para a aplicação do direito a importância dos princípios basilares está expressa no próprio ordenamento jurídico. O artigo 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil, dispõe que: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” (2006, p. 189). Para Montenegro Filho (2006, p. 50) os princípios basilares têm função preponderantemente hermenêutica. Ao aplicar uma determinada norma, o operador jurídico deverá observar se ela está em consonância com os princípios constitucionais.<sup>4</sup>

Segundo Theodoro Jr (2006, p. 43) “são inevitáveis os confrontos entre os princípios.” Daí a formulação de critérios aptos a administrar e solucionar a convivência entre os diversos valores axiológicos, nas crises oriundas de concorrências entre eles. É a partir das ideias de proporcionalidade e razoabilidade que se realiza a harmonização entre os princípios que entram em linha de colisão.

Continua o doutrinador, explicando que não se trata de desprezar um princípio e dar total supremacia ao outro, até porque eles gozam de igual hierarquia. O que o intérprete deve procurar é o equilíbrio entre eles. Na maioria das situações, a natureza dos interesses a tutelar está sob o domínio específico de

<sup>4</sup> Os princípios constitucionais servem para garantir a higidez do sistema jurídico, determinando que normas de hierarquia inferior guardem respeito a outras postadas, em termos hierárquicos, em patamar superior. (MONTENEGRO Fº, Misael. *Código de processo civil comentado e interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2006).



apenas um dos princípios, de maneira que o outro, que se pretendeu aplicar deveria ser afastado de cogitação.

Segundo Dinamarco (2004), alguns princípios são impostos expressamente pela Constituição, e devem prevalecer em relação a processos de toda espécie (civil, trabalhista; jurisdicional, legislativo ou administrativo), a saber:

o devido processo legal, o da inafastabilidade do controle jurisdicional, o da igualdade, da liberdade, do contraditório e ampla defesa, juiz natural, publicidade e, ainda, o princípio do duplo grau de jurisdição (ao estruturar basicamente o Poder Judiciário e indicar a competência recursal dos tribunais) (DINAMARCO, 2004, p.197).

Dinamarco (2004) desenvolveu a prevalência dos princípios basilares de forma a evitar atos arbitrários. Portanto, diante da amplitude desses princípios dentro do sistema jurídico como um todo, deve ser garantido um processo justo.

### 1.3.2 Cláusulas ambíguas ou contraditórias

Os princípios basilares buscam nas cláusulas dos contratos se elas padecem de legalidade, se não ferem a boa-fé; pois, as violações dos princípios segundo o que dispõem as cláusulas ensejam o desequilíbrio das relações contratuais.

Rizzardo (2005, p. 107) recomenda que ao assinar um contrato deva ser observado se existe ambiguidade ou contradição em seu bojo; e, se as cláusulas violam os princípios basilares do Direito Contratual.

A grande novidade das cláusulas gerais dos contratos no Código Civil/2002 é a função social do contrato, sendo veículo de circulação de riquezas e centro da vida dos negócios, por isso, cláusulas ambíguas ou contraditórias devem ser rejeitadas. Se necessário o Estado pode intervir nas relações contratuais com o fim de assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. O princípio da função social do contrato assegura trocas justas e úteis. Se ninguém for lesado, o contrato cumpriu sua função social. Entretanto, esse princípio da função social do

contrato não se relaciona com a função social da propriedade, prevista no capítulo referente à Política Urbana da Constituição Federal de 1988. (RIZZARDO, 2005, p. 107).

Quando houver cláusulas ambíguas (com duplo sentido) ou contraditórias (uma contradiz a outra), a interpretação será favorável a quem está aderindo ao contrato. Essa regra visa a proteger o aderente, porque a adesão exclui a consensualidade quanto a cláusulas do negócio jurídico celebrado. (CÓDIGO CIVIL, 2002, art. 423).

Rizzardo aponta o art. 424 do Código Civil como um dispositivo legal nos contratos de adesão que determina nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

O conteúdo desse capítulo foi descrito de forma a propiciar ao leitor um fácil entendimento sobre os contratos administrativos apesar dos princípios basilares e cláusulas apresentarem uma abordagem sucinta. Entretanto, no bojo do capítulo seguinte vem surgindo novas gerações de juristas e legisladores para desvendar os contratos públicos e privados.

## 2 CONTRATOS PÚBLICOS E PRIVADOS

A tradicional dicotomia do direito em Direito Público e Direito Privado remonta aos antigos romanos, com base na distinção entre os interesses públicos, que são relativos ao Estado e à sociedade, e que merecem ter posição privilegiada; e, os interesses da esfera particular, entre duas ou mais pessoas. Essa distinção perdura até hoje (LIMA, 1988).

Segundo Ramos (2002, p. 463) na perspectiva do Direito Público, as relações contratuais são estabelecidas com plena igualdade entre as partes e a imutabilidade do que foi inicialmente pactuado, sendo o Direito Civil responsável por nortear os contratos privados.

Enquanto o Direito Privado se referia aos direitos individuais e inatos do homem, o Direito Público teria a função de tutelar os interesses gerais da sociedade através do Estado, que deveria se abster de qualquer tipo de incursão na órbita privada dos indivíduos.” (RAMOS, 2002).

Rocha (2002, p. 33-38) relacionou com virtuosidade os princípios diretores dos contratos públicos e privados, evidenciando:

- a) a liberdade contratual onde o contrato fundamenta-se no poder de os contratantes disciplinarem os seus interesses mediante acordo de vontade, em que a paridade jurídica entre os contratantes estabelece a igualdade. Portanto, inexistente situação jurídica de desequilíbrio que implique sujeição de um ao outro; os contratantes se submetem à mesma disciplina e nenhum deles pode impor ao outro conteúdo do contrato ou alterar unilateralmente o contrato;
- b) a *obrigatoriedade* do contrato representa a força vinculante, sendo que para o contrato ser válido e eficaz, as partes devem cumpri-lo;
- c) a *intangibilidade* do contrato representa que seus termos não podem ser modificados sem o consentimento das partes; e,
- d) os *efeitos* produzidos pelo contrato restringem-se às partes que o celebram.

O esforço de Rocha (2002, p. 33) ao estabelecer traços distintivos entre estes dois ramos do Direito, embora remanescente da história mais longínqua, terá interesse para o presente estudo a partir do Poder Público. Faz-se, necessário, portanto, um corte histórico dado a complexidade da matéria. A abordagem sobre contratos públicos e privados está sendo versada evidenciando que o Poder Público celebra contratos de direito privado em

algumas situações tais como, aluguel de imóvel para instalação de seus órgãos, seguro para frota de veículos; financiamentos bancários, etc. e, em tais relações, ele praticamente se iguala ao contratado, não possuindo prerrogativas. São contratos de direito privado celebrados pelo Poder Público e, portanto, regidos pelo direito privado.

Entretanto, Gasparini (2006, p. 634-635) ressalta que, para sua manutenção, o Poder Público celebra, na sua grande maioria, contratos que são do direito público. Trata-se dos contratos administrativos disciplinados pelo Direito Administrativo e desses são exemplos os regulados pela Lei Federal das Licitações. Nesse tipo de contrato, o Poder Público possui privilégio, ficando em posição hierarquicamente superior à do contratado, o que não ocorre no contrato de direito privado.

No que tange aos pressupostos de Gasparini (2006), tanto nos contratos de direito público, quanto nos de direito privado, a Administração se vale de um critério prévio e necessário que é a licitação. Como bem se observa este é o fundamento base usado pela Administração Pública para a formalização dos contratos, salvo em situações excepcionadas pela lei que dispensa ou declara inexigível a licitação. Este é o princípio da igualdade de todos perante a Administração Pública que faz com que ela assim proceda.

Segundo Gomes (2004), são considerados Contratos de Direito Público aqueles que se enquadram dentro da dimensão de contratos celebrados entre si por pessoas jurídicas de direito público interno; enquanto que os firmados com particulares para alcançar objetivos comuns também se enquadram neste princípio. Porém, os contratos administrativos são ajustados entre a Administração e particulares para execução de atividades de interesse geral.

Para Gomes, além da dimensão dos Contratos de Direito Público, estes só se legitimam quando estabelece os fundamentos e a natureza de igualdade; tendo em vista que, inexistente situação jurídica de desequilíbrio entre os contratantes que implique sujeição de um ao outro; ou que se submetem à mesma disciplina.

De acordo com o entendimento doutrinário majoritário Furtado (2009, p. 353), “não é o simples fato de a Administração Pública figurar como parte em um contrato que o transforma em contrato administrativo” e, é por essa razão que Mello (2007, p. 377) ensina que a Administração Pública estabelece

contratos que podem ser de Direito Privado da Administração ou Contratos Administrativos.

De acordo com Mello (2007, p. 378) “a distinção entre contratos de Direito Privado da Administração e Contratos Administrativos estabelece que os primeiros regem-se quanto ao conteúdo e efeitos pelo Direito Privado e os segundos pelo Direito Administrativo.”

Além disso, continua Mello (2007, p. 378), “os Contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas do Direito Privado; enquanto, os Contratos Administrativos ajustam-se às regras e princípios hauridos do Direito Público.”

Furtado (2009, p. 353) complementa que tal diferenciação residiria na disciplina do vínculo sendo que os contratos de Direito Privado celebrados pela Administração seriam em seu conteúdo regulados pelo Direito Privado e, de outra parte, os contratos administrativos sujeitar-se-iam aos princípios consignados no Direito Público, sem, contudo valer-se supletivamente de normas privadas compatíveis com a natureza pública do instituto.

Para Cretella Jr (1989, p. 76), “os contratos celebrados pelo Estado ou são públicos, abrindo *cláusulas atípicas, derogatórias e exorbitantes* do Direito comum; ou, são privados, sujeitos às normas do Direito Civil.”

Segundo o autor supracitado, no Direito Moderno as referidas cláusulas são assim conceituadas:

- cláusulas atípicas - surgiram em razão da proliferação das modalidades de negócios na sociedade moderna, decorrendo diretamente da autonomia da vontade privada, em razão da qual é conferida às partes ampla liberdade de regulamentação de suas avenças, não adquirindo, portanto, tipicidade, mas, sim, atipicidade. As cláusulas atípicas que modelam os contratos pretendem celebrar, dentro dos limites da lei e na interpretação do sentido as declarações negociais da vontade das partes que o contrato poderá ser caracterizado/qualificado (DINIZ, 1996, p. 33).
- cláusulas derogatórias - são assim conceituadas porque substituem preceitos legais. No entendimento de Rivero (1981, p. 136), é difícil responder com segurança quando uma cláusula é derogatória, dado que o Direito Civil consagra a liberdade contratual. Mas, segundo ele, “são certamente derogatórias as cláusulas que excedem essa liberdade e que por isso mesmo

são insusceptíveis de figurar num contrato entre particulares, por contrárias à ordem pública."

- cláusulas exorbitantes - Cretella Jr (1989, p. 50) considera bastante expressivo o nome de cláusula exorbitante, por ser, realmente, uma cláusula que sai da órbita, que se afasta dos cânones do Direito Privado. Exorbita do Direito Civil para entrar na órbita administrativa. Desprivatiza-se para publicizar-se. Despe seus traços típicos do Direito Civil para vestir a roupagem administrativa. As cláusulas exorbitantes contribuem, na atualidade, para fortificar a teoria do contrato administrativo. A noção do que seja não se encontra, na doutrina, bem definida. Alguns afirmam que é toda cláusula derogatória do direito comum. Outros, que são somente as cláusulas que permitem estabelecer a diferença entre os contratos administrativos e os de direito privado ou de direito comum.

## 2.1 Legislação aplicável aos Contratos Públicos

Diante das várias considerações apresentadas, fica claro que a característica marcante e diferenciadora entre os contratos privados e os contratos administrativos é a existência, nestes últimos, de prerrogativas da Administração, as quais, no Direito Administrativo brasileiro, encontram-se, basicamente, elencadas no art. 58 da Lei nº 8.666/93, com o seguinte teor:

Art. 58 O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisória-mente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

De mais a mais Cretella Jr (1989, p. 76) ainda acrescenta:

a Administração figura como parte da relação jurídica contratual, ora ocupando posição vertical, usufruindo então os privilégios e prerrogativas, decorrentes de entidades detentora de "potestade pública", o que lhe garante aquela singular

colocação, ora ocupando posição horizontal, tratando com o particular no mesmo plano, com ele nivelando-se, perdendo então grande parte daquelas prerrogativas, oriundas de sua condição específica de poder público.

Constatou o autor que enquanto os contratos de direito privado travados entre particulares são marcados pela horizontalidade da relação, decorrente do princípio da igualdade entre as partes, vigorando a regra do *pacta sunt servanda*, isto é, que aponta no sentido de que o pacto deve ser cumprido tal como avençado; os contratos administrativos são marcados pela verticalidade da relação.

A visão jurisprudencial de Di Pietro (2001, p. 229) merece destaque quando estabelece diferenciação entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado apoiados em cinco critérios, a saber:

1. o subjetivo, tendo em vista que a Administração Pública age com o poder de império nos contratos administrativos;
2. o objeto dos contratos administrativos é sempre a organização e o funcionamento dos serviços públicos;
3. o objetivo é sempre relacionado com uma finalidade pública;
4. o procedimento de contratação diferencia os contratos administrativos (ressalvar que o procedimento licitatório é exigido pela presença da Administração, e não pela natureza do contrato); e,
5. a existência de cláusulas exorbitantes, que ultrapassam a amplitude daquelas normalmente estipuladas em contratos de direito privado, como mais uma consequência da presença da Administração Pública e do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

É por essa razão citada por Di Pietro que Meirelles (2007, p. 172) considera “todo contrato privado ou público é denominado por dois princípios: o da lei entre as partes (*Lex inter partes*) e o da observância do pactuado (*pacta sunt servanda*).”

Nesses casos visualizados pelo citado autor, o primeiro princípio impede a alteração do que foi convencionado entre as partes; o segundo conduz a obrigação do fiel cumprimento do que foi acordado e sob o esteio da reciprocidade.

### 2.1.1 Regime jurídico

Todo contrato é firmado pela vontade das partes, assim se de um lado há prerrogativas à Administração, também devem existir vantagens ao contratado (MEDAUAR, 1999).

#### 2.1.1.1 Prerrogativas

Segundo Cretella Jr (1989, p. 51) o Poder Público tem uma série de vantagens que o coloca num grau de superioridade em relação aos particulares. O nome que se dá a esse conjunto de vantagens é "cláusulas exorbitantes", pois exorbitam o padrão dos contratos particulares, conferindo vantagens à Administração:

- a Administração elabora unilateralmente os contratos administrativos, tendo o particular que aderir ao mesmo;
- a Administração pode sozinha invocar a exceção do contrato não cumprido, caso o particular não cumpra com as suas obrigações;
- se a Administração for inadimplente o contratado não pode alegar execução do contrato não cumprido, isto é, tem que continuar a cumprir o contrato. Entretanto, passados noventa dias da inadimplência da Administração o contratado pode parar de cumpri-lo;
- a Administração pode modificar unilateralmente as cláusulas do contrato para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado (art. 58, I da Lei nº 8.666/93).

É relevante lembrar que o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Na hipótese do inciso I, do art. 58, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

São cláusulas econômico-financeiras incluídas na Lei nº 8.666/93, art.58:

- possibilidade de rescisão unilateral do contrato em casos de inadimplência do contratado ou em casos de inconveniência ou inoportunidade (razões de interesse público) para a manutenção do ajuste (art. 58, II da Lei nº 8.666/93);



- a Administração tem amplo controle da execução do contrato, podendo até mesmo fiscalizá-lo (inciso III);
- a Administração pode aplicar sanções administrativas, previstas em lei e no contrato, ao contratado em vista do descumprimento de suas obrigações. (inciso IV);
- a Administração pode nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo (inciso V);
- e, no art. 56, §1º - a Administração pode exigir do contratado, nos termos da lei, garantia nos contratos de obras, serviços e compras.

#### 2.1.1.2 Vantagens ao contratado

- A Cláusula *rebus sic stantibus* (convenção não permanece em vigor se as coisas não permanecerem) tem por objetivo a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Assim, qualquer ato da Administração ou circunstância que exonere o contrato, dá direito ao contratado de revisão dos valores do contrato (alteração do contrato frente ao desequilíbrio);
- a revisão dos valores não se confunde com reajuste de valores que é a alteração dos valores contratuais em razão da inflação (limite de um ano) (MEIRELLES, 2007).

Segundo a teoria da imprevisão é possível a modificação das cláusulas inicialmente pactuadas em vista de fatos supervenientes e imprevisíveis capazes de impedir ou dificultar o cumprimento do ajuste nos termos inicialmente fixados. Esta teoria só se aplica diante da álea extraordinária (riscos, prejuízos anormais ocorridos na execução do contrato). Ex: força maior, caso fortuito, fato do príncipe e fato da administração. Meirelles (2007) traz ainda as interferências imprevistas (ocorrências materiais não cogitadas pelas partes na celebração do contrato, mas que surgem na sua execução de

modo surpreendente e excepcional, dificultando e onerando o prosseguimento e a conclusão dos trabalhos).

## **2.2 Competência para legislar sobre Contratos Administrativos**

Cabe à União legislar sobre normas gerais de contratos e a cada ente da federação legislar sobre normas específicas. Assim, a competência é concorrente, isto é, todos podem legislar sobre licitação (SUNDFELD, 1995).

A Constituição Federal ao mesmo tempo em que trouxe à União o direito de legislar sobre normas gerais, impôs um limite, isto é, a proibição de violar a autonomia dos demais entes da federação. Cada ente irá tratar da sua realidade de acordo com as suas especificidades.

Entretanto, compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, §1º, III (art. 22, XXVII da Constituição Federal).

### **2.2.1 Normas aplicáveis aos Contratos Administrativos**

Os contratos administrativos regem-se pela Lei nº 8.666/93, pelas cláusulas dos contratos, pelos preceitos de direito público e subsidiariamente pela teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Cujo teor trata de regular através de suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. O art. 54 da referida lei, aborda os contratos administrativos onde são estabelecidas com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

É relevante destacar que a Lei nº 8.666/93 não cuida apenas dos contratos administrativos, mas também dos contratos da Administração regidos pelo direito privado. Aplica-se o disposto no art. 55 (cláusulas necessárias a

qualquer contrato), e artigos 58 a 61 (prerrogativas de Direito Público) desta lei e demais normas gerais, no que couber:

I - Aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado (art. 62, §3º da Lei nº 8.666/93).

Alguns autores, dentre eles Di Pietro (2001) afirma que “não existem contratos da Administração e sim duas espécies de contratos administrativos,” em razão de o artigo 62 mandar aplicar o art. 58 no que couber. Haveria então os contratos administrativos propriamente ditos, àqueles que nascem do direito administrativo e são por eles disciplinados; e contratos administrativos de figuração privada, àqueles regidos pelo direito privado, mas quando realizados pela Administração se tornariam contratos administrativos. Há ainda autores que chamam estes últimos contratos de semipúblicos.

Furtado (2009, p. 230) afirma que existem:

- a) os contratos administrativos propriamente ditos (nascem e permanecem no direito público);
- b) contratos administrativos de figuração privada (nascem no direito privado, mas se transformam em direito público quando a Administração contrata); e,
- c) os contratos da Administração predominantemente regidos pelo direito privado (nascem e permanecem no direito privado. Ex: Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas).

## 2.2.2 Formalização dos Contratos Administrativos

Os contratos administrativos são tratados pelas normas jurídicas e identificados por meio da verificação dos princípios que lhe dizem respeito, os quais devem ser extraídos do próprio ordenamento jurídico (SUNDFELD, 1996, p.135-136).

Todavia, Sundfeld aponta como regra geral nos contratos administrativos sua formação por meio de um termo (Termo Administrativo ou Termo de Contrato). Entretanto, constituem exceções à regra, os contratos que envolvem direito reais sobre imóveis, tendo em vista, que devem ser formalizados por meio de escritura pública e não por termo.

Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem. (art. 60 da Lei nº 8.666/93). Portanto, o referido artigo dita normas para os contratos e seus aditamentos que deverão ser lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático dos seus extratos; salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, juntando-se cópia do documento originário do registro.

Contratos com valor inferior ao limite exigido para tomada de preços podem ser formalizados por termo ou papéis mais simplificados.

O art. 62 da Lei nº 8.666/93 prevê que "o instrumento do contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidade de licitações, cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou de ordem de execução de serviço."

O legislador foi enfático ao tornar o contrato instrumento obrigatório quando se tratar de concorrência ou tomada de preços, entretanto tornou facultativo nos casos em que a Administração substituir os contratos por carta-contrato, nota de empenho de despesa e outras modalidades.

Entretanto, nas compras de qualquer valor em que exista entrega imediata e integral dos bens adquiridos e de que não resulte obrigação futura também pode ser formalizada por termo ou papéis simplificados.

### *2.2.2.1 Publicação resumida do contrato*

A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na Imprensa Oficial, que é condição indispensável para sua eficácia será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte de sua

assinatura para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no artigo 26 desta lei (art. 61, Parágrafo Único da Lei nº 8.666/93). Princípio da publicidade presente.

### **2.3 Prazo de Duração dos Contratos Administrativos**

Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega podem ser prorrogados, nos contratos administrativos. Segundo o §1º, do art. 57, da Lei nº 8.666/93, em função dos seguintes motivos: alteração do projeto ou especificações, pela Administração; superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.

A interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta lei; impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência.

A omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis.

A lei prevê também que seja vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado. Entretanto, é previsto na referida lei, que somente pode haver prorrogação de contrato de serviço de natureza continuada em contratos que contenham cláusula prevendo essa possibilidade.

Não podem ser prorrogados os contratos relacionados a serviços prestados de forma contínua quando não forem ofertadas vantagens para a Administração. A prorrogação dos contratos de prestação de serviços executados de forma contínua (de até doze meses) só poderá se dar em casos de excepcionalidades devidamente justificadas nos processos e mediante autorização da autoridade superior.

As alterações de contratos e prorrogações dos prazos de conclusão dos serviços demandam, necessariamente, a celebração de termos aditivos, conforme art. 65 da Lei nº 8.666/93.

#### **2.4 Danos causados pela má interpretação dos contratos e reparações**

Entre os direitos básicos dos contratantes, encontramos a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais ou coletivos, ou seja, a lei à disposição do contratante, meios e processos que lhes permitem compelir o contratado a reparar financeiramente eventuais danos causados por produtos ou serviços. (RAMOS, 2002).

Todo amparo legal visa a prevenir a ocorrência de danos ao contratante, que estipulando obrigações ao contratado ou responsabilizando-o por danos e defeitos, quer restringindo a autonomia da vontade nos contratos, quer criminalizando condutas, mas isso não impede que tais danos venham a ocorrer. Esse é o motivo pelo qual é assegurado como direito básico do contratante o ressarcimento do prejuízo sofrido, seja patrimonial ou moral, individual, coletivo ou difuso, independentemente de provar a culpa ou dolo, ou seja, responsabilidade objetiva. (RAMOS, 2002).

Gomes (2004) em conformidade com Ramos no que diz respeito aos direitos básicos dos contratantes, complementa que, no acesso à justiça está incluída a facilitação da defesa de seus direitos, ou seja, o Estado deve criar mecanismos que tornem mais fácil a defesa do contratante em juízo, como por exemplo: a inversão do ônus da prova no processo civil e a assistência judiciária gratuita. No que diz respeito à estrutura do judiciário, para a defesa do contratante são instrumentos da Política Nacional de Relações de Consumo, os Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo.

No Código de Processo Civil, o ônus da prova, como regra geral, cabe ao autor quanto ao fato constitutivo de seu direito e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. No Código do Consumidor, entretanto, desde que o juiz, entenda como verossímeis as afirmações do consumidor (contratante), poderá inverter o ônus da prova. Isso significa que caberá ao fornecedor (contratado) produzir o conjunto probatório que afaste as alegações

do consumidor. Neste sentido fica a cargo do réu (fornecedor/contratado) demonstrar a inviabilidade do fato alegado pelo consumidor (contratante), que se dá face à vulnerabilidade deste. (GOMES, 2004).

Segundo Gomes (2004) o Código de Defesa do Consumidor não conceitua o que é consumidor hipossuficiente. Porém, na doutrina e jurisprudência, é pacífico que se trata daquele cidadão impossibilitado de resistir as despesas processuais, sob pena de sacrificar a própria subsistência e de seu grupo familiar.

O autor citado complementa que o dano a ser reparado pelo contratado pode ser contratual ou aquiliano. O primeiro resulta de ofensa a disposição contratual, o não atendimento à uma cláusula do contrato; o segundo é resultante de um ato ilícito. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista seu caráter de norma de ordem pública, é nula a cláusula de contrato em que o contratado fica desobrigado do dever de indenizar.

A narrativa deste estudo, bem como, de todas as colocações registradas neste capítulo são alusivas aos contratos públicos e privados de forma a tornar evidentes as prerrogativas dos dispositivos legais que os definem. Portanto, conclui-se nesta rápida sinopse doutrinária a existência de uma inegável superioridade jurídica no contrato celebrado pelo órgão ou entidade estatal, sempre visando tutelar o interesse público.

No decorrer do capítulo seguinte será pleiteada fundamentação para análise jurisprudencial das cláusulas contratuais, cláusulas exorbitantes e seus efeitos na relação contratual que se ocupará da formação legal dentro do contexto administrativo moderno.

### 3 JURISPRUDÊNCIA SOBRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conceituada como "o conjunto uniforme e constante de decisões judiciais, sobre determinadas questões jurídicas," a jurisprudência pode antecipar o legislador, traçando o rumo do direito. Foi assim quando os tribunais, antecipando-se à lei, começaram a acolher pedidos para revisão judicial dos contratos leoninos.<sup>5</sup> São as decisões de Tribunais sobre um mesmo assunto, formando um entendimento comum.

Segundo o Dicionário Jurídico de De Plácido e Silva (2001), Jurisprudência é derivado da conjugação dos termos, em latim, *jus* (Direito) e *prudencia* (sabedoria), pelo que se entende como "a Ciência do Direito vista com sabedoria," ou, simplesmente, o Direito aplicado com sabedoria.

A base histórica da jurisprudência no Direito brasileiro remete o leitor ao Direito luso. Com efeito, desde as Ordenações Filipinas,<sup>6</sup> constava a orientação de que na inexistência de leis, os juízes deveriam julgar os casos de acordo com os costumes. Para ser mais preciso Streck (1998, p. 79) define como Ordenamento Jurídico no Poder Judiciário aquele que sobrepõe ao Poder Legislativo.

Neste sentido, Streck (1998, p. 78) destaca que no Brasil, durante o Império, enquanto fosse seguida a tendência do Direito luso, várias normas regularam o regime jurídico dos chamados *assentos*<sup>7</sup>, que eram não mais que um posicionamento jurisprudencial aos quais efetivamente se conferia poder normativo.

Como ressalta Streck (1998, p. 79), o peso da herança lusa, na Constituição brasileira outorgada em 25 de março de 1824 por Dom Pedro I, já seguia à risca a tendência dos países de tradição romanística de positivar a supremacia da lei sobre todas as demais fontes do Direito.

Todavia, o referido dispositivo recepcionado na Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, em seu artigo 5º, inciso II, demonstra que, em princípio, pela aplicação literal do Direito brasileiro, não haveria qualquer espaço para a jurisprudência.

<sup>5</sup> Contratos leoninos são aqueles que beneficiam só uma parte.

<sup>6</sup> As Ordenações Filipinas constituíram a base do direito português até a promulgação dos sucessivos códigos do século XIX, sendo que algumas disposições tiveram vigência no Brasil até o advento do Código Civil de 1916.

<sup>7</sup> Lavratura de registro de termo de qualquer ato civil ou oficial.



Streck (1998, p. 80) ensina que a jurisprudência poderia ser considerada uma forma de expressão do Direito Positivo, desde que "preenchidos certos requisitos, entre eles o da constância, o da não-incongruência com as leis vigentes e o da conformidade com a razão."

O importante é observar que o fim dos chamados "assentos" não obstou o interesse do legislador em uniformizar a jurisprudência. Com efeito, muito embora não houvesse qualquer previsão legal acerca do poder normativo dos julgados, permaneceu a preocupação do legislador em evitar os dissídios jurisprudenciais.

Nesse sentido, a jurisprudência não se forma por decisões isoladas, mas sim após uma série de decisões no mesmo sentido relacionadas à questão ainda não era contemplada em norma legislativa.

A jurisprudência, portanto, como resultado da interpretação do direito positivo, é dinâmica e varia no tempo e no espaço, modificando-se ao sabor das transformações sociais. É a fonte viva do direito.

Portanto, a jurisprudência sobre contratos administrativos envolve a legislação sobre contratos que é tão importante quanto o entendimento dos Tribunais a respeito da interpretação pragmática e casuística das leis feitas pelos Tribunais.

No Brasil, um conceito válido para diferenciar sentenças de decisões interlocutórias pode ser extraído do Código de Processo Civil.

Em razão das recentes reformas legislativas, em especial no que tange aos procedimentos realizados nos tribunais e em consequência da nova mentalidade de oferecimento de serviços eficientes a população, adotou-se no Brasil uma maior vinculação dos juízes às decisões de órgãos jurisdicionais e tribunais superiores. Como pode ser observado com a criação de súmulas vinculantes, bem como, do procedimento de repercussão geral assume o direito brasileiro características que antigamente referenciavam apenas os países da *Common LAW*<sup>8</sup> (do inglês "direito comum"), especialmente aqueles que herdaram da Inglaterra o seu sistema jurídico, bem como a maior parte dos Estados Unidos e do Canadá e as ex-colônias do Império Britânico.

<sup>8</sup> Nos sistemas de *common law*, o direito é criado ou aperfeiçoado pelos juízes: uma decisão a ser tomada num caso depende das decisões adotadas para casos anteriores e afeta o direito a ser aplicado a casos futuros.

### 3.1 A uniformização jurisprudencial

Será feito breve comentário acerca da importância da uniformização jurisprudencial, que, via de regra, resulta na confiança da sociedade quanto aos seus direitos, bem como no estrito conhecimento sobre a exegese das normas formais. Diminui, portanto, a provocação do Poder Judiciário, uma vez que já se conhece, em abstrato, a possibilidade de obtenção da tutela jurisdicional pretendida.

Considerando uma demanda já ajuizada, igualmente, a existência de pacífico entendimento jurisprudencial acerca da matéria litigiosa constitui um sólido embasamento à decisão do juiz monocrático. Usualmente, o precedente consolidado resulta de exauriente atividade jurisdicional, inclusive com a manifestação dos Tribunais Superiores, servindo de referência segura, portanto, a todos os julgadores de casos análogos.

Em vista do referido, chega a ser assombrosa a constatação de que é farta a dissidência jurisprudencial em todos os órgãos do Judiciário, inclusive nos próprios Tribunais Superiores, aos quais caberia, em última instância, a definição interpretativa da legislação pátria. Com isso, pode ser afirmado que ocorre um verdadeiro abrandamento do Direito Positivo, enfraquecendo e tornando incerto o poder cogente das normas formais.

Ora, a parte que espera a apreciação de matéria em que haja divergência jurisprudencial não possui convicção de que sua pretensão será acolhida, mas simplesmente ingressa com a demanda esperando que a distribuição se dê perante juiz, câmara ou grupo de câmaras, que possua determinado entendimento favorável. É exatamente essa insegurança que beira os limites da instabilidade na prestação jurisdicional, que se pretende coibir com a adoção de entendimentos uniformes pelo Poder Judiciário.

No extremo oposto, porém, se pretende demonstrar as críticas ao chamado efeito vinculante, pelo qual, determinados entendimentos jurisprudenciais passam a vigorar com força de lei aos futuros julgadores, discussão esta que resvala inclusive nos Princípios Constitucionais do Estado, posto que, sob a ótica extremista, tal poder normativo da jurisprudência extrapolaria a competência judiciária (exercendo atividade tipicamente legislativa),

comprometendo a Separação dos Poderes. (STRECK, 1998).

Não se pode deixar de considerar que o esforço excessivo em se criar uma jurisprudência uniformizada poderia resultar na subversão da supremacia da lei que vigora no ordenamento jurídico brasileiro. A Garantia Constitucional de acesso à Justiça (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), está intimamente atrelada à prerrogativa do magistrado de julgar o caso fático em tela, sendo que nada, exceto a lei, poderia vincular a sua decisão.

Como o escopo desta pesquisa busca a jurisprudência sobre contratos administrativos desde os primitivos sistemas consuetudinários até as recentes discussões reformistas do Poder Judiciário brasileiro, para que se possa avaliar, qual o papel do instituto no ordenamento jurídico contemporâneo.

Assim, considerando esse cenário, constitui alvíssaras se debruçar não apenas sobre os mecanismos de uniformização de jurisprudência, mas igualmente sobre os seus fundamentos, esperando traçar uma delimitação razoável entre a necessária unificação de entendimento dos julgadores pátrios e o livre convencimento do magistrado, o qual efetivamente deverá decidir a melhor aplicação da lei ao caso *sub judice*.

Estas são, pois, questões principais com as quais o leitor irá se confrontar, esperando apresentar subsídios para a melhor compreensão dos mecanismos de uniformização jurisprudencial.

Modernamente, entende-se por jurisprudência como a interpretação e aplicação das leis a todos os casos concretos que se submetam a julgamento da justiça. Ou seja, o hábito de interpretar e aplicar as leis aos fatos concretos, para que, assim, se decidam as causas. Abarcando o tema em apreço serão apontadas as cláusulas contratuais como necessárias ou essenciais cuja ausência invalida o contrato, tornando-o sem efeito jurídico.

### **3.2 Cláusulas necessárias nos contratos públicos brasileiros**

Nos contratos públicos brasileiros, as cláusulas necessárias são as seguintes:

- o objeto detalhado, de acordo com as especificações técnicas, modelo, marca, quantidade e outros elementos característicos, e em conformidade com o

ato convocatório respectivo;

- o regime de execução ou a forma de fornecimento;
- o preço e as condições de pagamento;
- os critérios, data-base e periodicidade do reajuste de preços;
- os critérios de compensação financeira entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
- os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
- o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
- as garantias oferecidas para assegurar a execução plena do contrato, quando exigidas no ato convocatório;
- os direitos e as responsabilidades das partes;
- as penalidades cabíveis e os valores das multas;
- os casos de rescisão;
- o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa;
- as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
- a vinculação ao ato convocatório, ou ao termo que dispensou ou considerou a licitação inexigível, e à proposta do contratado;
- a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
- a obrigação do contratado de manter as obrigações assumidas e as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação, durante toda a execução do contrato;
- o foro competente para solução de divergências entre as partes contratantes. (ARAÚJO, 1987).

### **3.3 As Cláusulas Exorbitantes na relação contratual**

Por certo, não há fundamento mais propagado doutrinariamente para justificação da inclusão das cláusulas exorbitantes ou derogatórias do direito comum nos contratos administrativos que o conceito moderno de supremacia do interesse público, batizado; e, por longa data aceito de modo inquestionável, como "princípio" da supremacia do interesse público sobre os interesses particulares (ou individuais).

Mello (2007), como ferrenho defensor do princípio da supremacia do interesse público, chega a afirmar que no moderno Direito Público a superioridade do interesse da coletividade, deve prevalecer sobre o do particular. Segundo o autor é pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se resguardados e garantidos.

Portanto, Borges (2006) concorda com o princípio da supremacia do interesse público ditado por Mello e acrescenta que todo o direito administrativo é construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público. Tendo em vista que esses dois pilares se estruturam, de um lado, através das chamadas prerrogativas de potestade pública e, de outro, pelas sujeições de potestade pública, que corporificam a atividade administrativa em seu conteúdo.

Tais prerrogativas e sujeições só encontram sua única razão de ser em face do interesse público que as justifica (BORGES, 2006, p.139).

Segundo Fernandes (2004) o interesse público é um instrumento da vontade coletiva pautado na Lei como sua principal fonte; cujo objetivo origina o postulado como um todo, de onde surgem vários outros princípios.

Nessa linha, não é difícil concluir que as cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos foram concebidas com clara prerrogativa estatal, e encontram no conceito moderno de "princípio" a supremacia do interesse público sobre o interesse privado seu primacial fundamento de validade. (FERNANDES, 2004).

Ao longo do tempo, tribunais nacionais e estrangeiros exigem que os interesses estejam na base da expressa qualificação dos contratos administrativos, onde a Administração Pública surge dotada de poderes de supremacia face ao outro contratante.

O que pouco se percebe, entretanto, é que o festejado "princípio da supremacia do interesse público" surgiu como resultado da absorção, com

assombrosa naturalidade, ressalte-se, pelo Direito Administrativo moderno do conceito absolutista de poder dominante (império), que jamais chegou a efetivamente se distanciar do *status* da administração.

Todavia, no presente momento afigura-se conveniente esclarecer as bases teóricas sobre as quais se apoiou o contrato administrativo sobre as cláusulas exorbitantes, de modo que seus efeitos na relação contratual sejam objeto do próximo tópico.

Importa aqui salientar que, no contexto do Estado moderno, em que vigorava como regra a intervenção direta e marcante do Estado na atividade econômica, sistema de economia semidirigida, a adoção de um instituto jurídico que atribuísse à Administração a prerrogativa de cambiar as condições inicialmente pactuadas com o contratado particular era demasiadamente oportuno, e porque não dizer essencial, à consecução da pretensão de auto-suficiência estatal, pautada da estatização da economia.

Nesse diapasão, foi natural o caminho trilhado pela doutrina e jurisprudência sobre o contrato administrativo no sentido de concordar que somente a adoção de um conceito de supremacia indiscriminada do interesse público sobre os interesses individuais eventualmente envolvidos poderia legitimar, na relação contratual, a posição de superioridade do Estado, considerado como guardião do ideário universalista e coletivista do próprio interesse público, frente aos indivíduos e seus "egoísticos" interesses particulares.

Portanto, segundo Binenbojm (2006, p. 30) nota-se, que até a atualidade, o desenvolvimento e ampla aceitação da "ideia da existência de um interesse público inconfundível com os interesses pessoais dos integrantes de uma sociedade política e superior a eles." Essas ideias resultaram no acolhimento doutrinário de concepções organicistas e/ou utilitaristas típicas da modernidade.

Embora pautadas em conceitos essencialmente diversos, as concepções organicista e utilitarista possuem clara identidade teleológica, uma vez que ambas se prestam a justificar a total separação entre o interesse público (coletivo) e os interesses privados individualmente considerados, resguardando, sempre, o ideal de sobreposição daquele em face desses (BINENBOJM, 2006, p. 31).

Os administrativistas nacionais não fugiram, em regra, a esta base teórica, conforme destaca Binenbojm (2006, p. 31) ao lecionar que

um primeiro problema teórico identificado em relação ao princípio da supremacia do interesse público encontra-se na adoção, pela maior parte da doutrina brasileira, de uma concepção unitária de interesse público, como premissa, e na afirmação, em seguida, de um princípio de supremacia do público (coletivo) sobre o particular (individual), que pressupõe, *a fortiori*, a sua dissociabilidade.

Segundo o autor citado, a prática e o tempo demonstraram que, por não possuir contornos claros, o vago conceito de "interesse público" e o dogma de sua prevalência, *in genere*, sobre os interesses individuais serviu muito mais como arma eficaz à vazão dos variados anseios autoritários e voluntaristas dos governantes que como instrumento hábil à salvaguarda dos pilares democráticos. (BINENBOJM, 2006, p. 31).

Numa análise acurada acerca da atuação estatal na modernidade periférica, especificamente com referência ao caso brasileiro, Neves (2006) destaca que há uma tendência a desrespeitar o modelo procedimental previsto no texto da Constituição, de acordo com as conformações concretas de poder, conjunturas econômicas específicas e códigos relacionais. Isso está associado à persistência de privilégios e exclusões que obstaculizam a construção de uma esfera pública universalista como espaço de comunicação de cidadãos iguais.

O citado jurista argumenta com coerência que, no lugar da legitimação por procedimentos democráticos, em torno dos quais se estruturaria uma esfera pública pluralista, verifica-se uma tendência à privatização do Estado. Nesta ampla medida, os interesses particularistas conflitantes procuram impor-se à margem dos procedimentos constitucionais

Uma prova histórica, que demonstra insofismavelmente a razão assente nas considerações acima, é apresentada por Binenbojm (2006, p. 32), que oportunamente relembra a justificação da malsinada doutrina da segurança nacional a partir do princípio da supremacia do interesse público, como sendo eloquente e irresponsável, apontando como sendo um princípio que tudo legitima e, entretanto, não se presta a legitimar absolutamente nada.

Conforme abordara Binenbojm (2006, p. 103), o caminhar evolutivo do constitucionalismo e o atual estágio de desenvolvimento das democracias constitucionais não comportam mais, ao menos como antes, o acolhimento de

concepções que se lastreiam essencialmente na dicotomia do interesse público e interesses privados.

Não há como pensar, atualmente e sob a égide do Estado Democrático de Direito, a relação entre Administração e administrados sob o pálio da existência de um interesse público inconfundível com os interesses dos indivíduos e a eles superior, razão pela qual haverá de se revisar conceitos doutrinários pautados em tais ideais, a exemplo das próprias cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos. (BINENBOJM, 2006, p. 103).

### 3.3.1 Aspectos conceituais das Cláusulas Exorbitantes

Segundo Araújo (1987, p. 152) além das cláusulas supracitadas, existem outras que fazem parte da finalidade desta pesquisa, são as cláusulas exorbitantes que marcam sua importância e característica primacial no contrato administrativo. São assim chamadas por serem concebidas como prerrogativa estatal, que permite a instabilização da relação contratual travada com o particular, não se compatibilizando com os contornos do atual Estado Democrático de Direito. Seja porque o princípio do Estado Democrático de Direito encontra como pedra base a supremacia da constituição e a supremacia dos direitos fundamentais, de modo a não comportar mais a ideia moderna de supremacia do interesse público e, por conseguinte, prerrogativas que nela encontram seu fundamento de validade; seja ainda pelo fato de o instituto das cláusulas exorbitantes constituírem elemento de clara afronta a um dos mais básicos princípios do Estado Democrático de Direito, qual seja o Princípio da Confiança Legítima.

Araújo (1987, p. 153) aponta que os contratos públicos da Administração, ao contrário, pelas características especialíssimas de que se revestem, estão sujeitos a regime autônomo, típico, que "ultrapassa", "derroga" ou "exorbita" as normas do direito comum, o que é evidente, porque as pessoas administrativas, quando contratam, não se encontram na mesma situação dos simples particulares são outras as finalidades, outras as condições, outro o regime jurídico. As cláusulas que escapam ao direito comum, chamadas exorbitantes ou derogatórias, inserem-se nos contratos administrativos, dando-



lhes fisionomia peculiar, diversa da que revelam os contratos do direito privado. No contrato administrativo, fica o Estado em posição privilegiada, visto que se acham, em jogo fins de interesse público.

Trilhando essa linha de intelecção, qual seja a pautada na assimetria entre Estado e Indivíduos, cuja justificativa se encontraria na pressuposição da existência de um interesse público prevalente sobre os eventuais interesses dos particulares, a doutrina e jurisprudência passaram a adotar como dogma, inclusive, como responsável pela própria caracterização dos contratos administrativos, a presença de cláusulas ditas exorbitantes, concebidas como instrumentos essenciais ao alcance do "interesse público" nos contratos firmados pela administração.

O conceito originário de cláusula exorbitante, como elemento da própria teoria do contrato administrativo, não poderia haver nascido de outra mãe que não a doutrina francesa, a bem da verdade claramente fecundada pelas decisões do Conselho de Estado daquele país. (MEIRELLES, 1990, p.172).

Por certo, deve-se aos juristas franceses a ideia de cláusula exorbitante como disposição de caráter incomum aos contratos de direito privado, seja por que neles seriam eivadas de nulidade, seja porque tais instrumentos tornam-se incompatíveis como a natureza da relação.

Meirelles (2007), seguindo a doutrina francesa, defende que:

as cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num Contrato Privado porque desigualariam as partes na execução do avençado, mas são absolutamente válidas no Contrato Administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam a estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares.

De acordo com Cretella Jr (1989, p. 127), cláusula exorbitante do direito comum é “toda proposição que se insere no contrato administrativo tipificando-o.” A teoria da cláusula exorbitante ou derogatória permite estabelecer a diferença entre o contrato administrativo e o contrato de direito privado, ou seja, os primeiros abrigam cláusulas especiais, que fogem do direito civil, configurando o regime jurídico especial de direito público.

Alguns autores, inclusive Di Pietro (2001, p. 49), definem a cláusula exorbitante como toda cláusula estranha ou desusada nos contratos de direito privado ou, em outras palavras, toda cláusula que, inserida num contrato de direito privado, iria atentar contra a ordem pública.

Dando prosseguimento aos conceitos sobre cláusulas exorbitantes, Moreira Neto (2007, p. 50) ensina que na doutrina clássica, elas obedecem à seguinte tipologia:

- Cláusulas de executoriedade - decorrem da lei, e não de imposição contratual. Referem-se ao plano do exercício dos direitos. São extracontratuais, pois extracontratual é o privilégio da execução prévia (autoexecutoriedade);
- Cláusulas de *jus variandi* - a possibilidade de alterar unilateralmente contratos, como expressão do império da administração, supremacia do interesse público.

A relevância do conceito das cláusulas exorbitantes para a própria "sobrevivência" doutrinária da dita teoria do contrato administrativo fica patente na emblemática lição de Araújo (1987, p. 50), que defende sem pudor que o instituto das cláusulas exorbitantes

trata do *divisor de águas* entre o contrato de direito privado e o contrato de direito administrativo, que ainda suscita controvérsias entre os juristas, mas que permite reafirmar a posição de supremacia da Administração dentro do contrato, verticalizando o Estado em relação ao particular contratante, e deixando claro que a Administração, ao contratar, não abdica de sua *puissance publique*, mas que ao contrário, dirige o contrato, fiscalizando os atos do contratante particular, aplicando-lhe penalidades, concedendo-lhe benefícios, determinando-lhe procedimento, enfim, impondo-lhe sujeições com fundamento no interesse público.

Conclui-se, portanto, que de acordo com a doutrina dita "clássica" sobre o tema, claramente pautada nos paradigmas do Estado Moderno, conforme explanado, as cláusulas exorbitantes constituem elementos de caracterização do próprio contrato administrativo, sendo concebidas como o instrumento mais eficaz à garantia da posição de supremacia da Administração em relação ao contratante privado, permitindo-lhe moldar o acordo de vontades às eventuais variações do interesse público.

### 3.4 Os efeitos das Cláusulas Exorbitantes na relação contratual

O século passado, em especial a sua segunda metade, foi marcado pelo surgimento, no campo das ciências sociais, do movimento denominado de pós-modernismo, caracterizado segundo Santos (1990), dentre vários outros aspectos, pela a revisão dos conceitos jurídicos, políticos e sociais a partir e além das claras mutações registradas na sociedade e no Estado (consequentemente na Administração Pública).

Os efeitos do modelo político hegemônico instaurado nos países capitalistas centrais do início do século, o do Estado-Providência, com sua característica marcante de regulamentação extensiva e intensiva das relações sociais, de acordo com Santos passou a ser objeto de sérios e fundamentados questionamentos.

Santos (1990, p. 15-16) destaca alguns dos aspectos do contexto histórico conduzindo ao questionamento os paradigmas da modernidade; e, esclarece que a partir de finais dos anos sessenta, acumulam-se os sinais de crise do formalismo reformista, uma crise que com os anos se tem vindo a aprofundar, e de tal maneira que podemos caracterizar o tempo presente como de um novo movimento de pêndulo, desta vez no sentido do informalismo, um movimento que parece ser também o do estatismo para o civilismo, do coletivismo para o individualismo, do publicismo para o privatismo, da estética modernista para a estética pós-modernista, da totalidade estruturalista para a desconstrução pós-estruturalista.

No ensejo da citação, Santos (1990, p. 16) aponta no campo da teoria do direito, o reconhecimento dos novos paradigmas do pós-modernismo que implicaram no início de um movimento amplo de construção de uma "unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico," com a consequente desmaterialização das fronteiras entre direito público e direito privado.

Na doutrina brasileira, o movimento de constitucionalização do Direito Civil, segundo Moraes (1991) aponta para a necessidade de reavaliação de conceitos jurídicos seculares que, não mais se coadunam com a realidade social e política contemporânea como é o caso das cláusulas exorbitantes na relação contratual.

Para Moraes, aumentam cada vez mais os pontos de confluência entre o público e o privado, em relação aos quais não há uma delimitação precisa fundindo-se, o interesse público e o interesse privado. Tal convergência se faz notar em todos os campos do ordenamento, seja em virtude do emprego de instrumentos privados por parte do Estado em substituição aos arcaicos modelos autoritários, seja na elaboração da categoria dos interesses difusos ou supra-individuais, seja no que tange aos institutos privados, na atribuição de função social à propriedade, na determinação imperativa do conteúdo de negócios jurídicos, na objetivação da responsabilidade e na obrigação de contratar.

Defronte de tantas alterações, direito privado e direito público tiveram modificados seus significados originários: o direito privado deixou de ser o âmbito da vontade individual e o direito público não mais se inspira na subordinação do cidadão.

Segundo Moraes (1991), o Estado Democrático de Direito foi delineado pela Constituição de 1988 tendo entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, portanto, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido.

Se a autora citada mostra que o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido, o Direito Civil deixou de sofrer os influxos da pós-modernidade; e, o Direito Administrativo, obviamente, não poderia sair "imune" a tais mudanças, tendo ele próprio, como forma de garantir até mesmo a sua relevância como ramo autônomo do Direito, que evoluir e conformar-se ao Estado Democrático de Direito.

A importância das peculiaridades dos contratos administrativos, bem como das cláusulas exorbitantes e seus efeitos fundamenta a necessidade de informar ao leitor que qualquer pessoa pode ter acesso às jurisprudências dos tribunais brasileiros.

Esse escopo abre caminho para traçar as considerações finais do próximo capítulo, mostrando na conclusão se a pesquisa baseada em fontes de papel, bibliografia e documental (aspectos legais) dá resposta à situação problema e se os objetivos propostos foram alcançados.

## CONCLUSÃO

Foi apontado nesse trabalho, o fundamento dos contratos administrativos dando ênfase às cláusulas exorbitantes e seus efeitos na relação contratual. O estudo mostrou a necessidade de distinguir os contratos administrativos, em linhas gerais dos contratos de direito privado pela existência das chamadas cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes, que concedem prerrogativas especiais à Administração na relação contratual, em virtude de sua posição superior à parte contratada.

Mediante uma ampla e complexa pesquisa, surgem as peculiaridades e as prerrogativas dos contratos administrativos reputadas mais relevantes, e determinados temas polêmicos, não só abrangendo opiniões divergentes, mas também com dissensos entre a doutrina e a própria lei.

Com a contribuição de eminentes juristas foi possível aprofundar a compreensão sobre o complexo ato que envolve os contratos administrativos analisando os efeitos das cláusulas exorbitantes na relação contratual.

Os diversos argumentos apresentados no cenário a que se presta, vem construindo a história da Administração Pública através de intensas pesquisas que envolvem o particular.

Portanto, para o questionamento que norteou o presente estudo sobre o problema, surgiu a pergunta: “A condição especial assumida pela Administração concedida pelas cláusulas exorbitantes interfere nas relações contratuais com o particular?”

As pesquisas bibliográficas e documentais realizadas dão sinais positivos, apontando que a condição especial assumida pela Administração interfere sim, nas relações contratuais com o particular.

A análise dos dados obtidos apresenta a importância da Lei nº 8.666/93 que trata dos contratos administrativos, e a conjugação de interesses opostos e recíprocos, na relação contratual.

As hipóteses apresentadas para o estudo em questão foram confirmadas no momento em que houve a apreciação de intensas pesquisas bibliográficas e documentais.

Em vista dos fatos assinalados, o autor confirma essas hipóteses sobre

os contratos administrativos que têm fisionomia própria bem delineada pelo estudo das cláusulas exorbitantes garantindo à Administração posição privilegiada na relação jurídica com o contratado, bem como os aspectos distintos dos contratos administrativos relativos aos contratos privados, têm como foco principal os efeitos das cláusulas exorbitantes. Ambas foram plausíveis de aceitação, tendo em vista que uma complementa a outra e as diferentes colocações de eminentes juristas conduziram o raciocínio do pesquisador para essa conclusão.

Logo pode ser constatada que a preocupação maior do pesquisador visava principalmente mostrar a necessidade da mudança de paradigmas no processo contratual no sentido de alterar o dispositivo legal em vigor e regulamentado pela Lei nº 8.666/93.

Considerando a análise dos dados da pesquisa bibliográfica e documental pode-se afirmar que os objetivos de analisar os efeitos das cláusulas exorbitantes na relação contratual aprofundando a compreensão sobre os contratos administrativos, bem como avaliar a aplicação e os efeitos diretos das cláusulas exorbitantes nas relações contratuais entre a Administração e o particular, foram alcançados.

Com base na indiscutível importância da manutenção da igualdade contratual entre particulares e Administração Pública para a garantia da ordem econômica e jurídica, é o presente trabalho uma tentativa de demonstrar o legítimo direito do primeiro de deixar de cumprir o avençado, diante da inadimplência da segunda.

Ao concluir esse trabalho, o autor sugere que a imposição da conjugação de interesses opostos e recíprocos, na realização da finalidade pública sejam reavaliados e, seja melhorada a Lei nº 8.666/93, que trata dos contratos administrativos.

O argumento baseia-se no fato de na atual conjuntura as cláusulas de privilégio, também denominadas de cláusulas exorbitantes do contrato administrativo não estão mais surtindo os efeitos desejados, portanto, é hora de buscar novos conceitos para a relação contratual.

É bom lembrar também que, as empresas privadas possuem papeis relevantes na esfera pública por tratar-se de instrumentos essenciais ao Estado

na busca do desenvolvimento nacional, através do crescimento economicamente sustentável.

Deve-se ressaltar, ainda, que a contratação das empresas particulares possibilita ao Estado adotar uma política de gastos, circular riquezas e fomentar o desenvolvimento da nação.

Logo, a preocupação maior do pesquisador visa principalmente, apontar e fundamentar a necessidade de se verificar a natureza dos contratos da administração pública no sentido de respeitar as exigências relativas à forma, ao procedimento, à competência e à finalidade, decorrentes da aplicação das normas de direito público.

## REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco. *A Autonomia Privada como Princípio Fundamental da Ordem Jurídica*, Revista de Direito Civil, número 46, 2002, p.11.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 153.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação do princípios jurídicos*. 5. ed. São Pulo: Malheiros, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BORGES, Alice Gonzales. *Normas Gerais no estatuto de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. *Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?* Revista de Direito do Estado, nº 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL, *Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2006.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal: 1988*. 16. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2001.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.536 de 28/01/1922. *Código de Contabilidade Pública da União de 1922*.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666/93. *Normas para Licitações e Contratos da Administração Pública*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 1993.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 10.406/2002. *Institui o Código Civil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2002.

CRETELLA JR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.



\_\_\_\_\_. *Curso de direito romano*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

DE PLÁCIDO E SILVA, J. C. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; *et al.* *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 229.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Vademecum de licitações e contratos*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 216.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FURTADO, Lucas Rocha. *Licitações e Contratos Administrativos*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. 730 p.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. São Paulo: Atlas, 1999.

GOMES, Orlando. *Obrigações de Contratar*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 6. ed. São Paulo: Dialética, 1999.

LIMA, Hermes. *Direito objetivo e subjetivo*. São Paulo: Atlas, 1988.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: RT, 2001.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gérson Luis Carlos. *Diretrizes Teóricas do novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MEIRELES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 172/173.

\_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1981.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Código de Processo Civil Comentado e Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MORAES, Maria Celina Bodin. *A caminho de um Direito Civil Constitucional*. In Revista Estado, Direito e Sociedade, vol. 1, Ciências Jurídicas. Rio de Janeiro: PUC, 1991.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 403ss.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 417.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. vol. 3. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à nova Lei das Licitações Públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira; *et al* (org.). *Diálogos sobre Direito Civil: construindo a racionalidade contemporânea*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1981.

RIZZARDO, Arnaldo. *Jurisprudência, legislação e doutrina*. São Paulo: RT, 2005.

ROCHA, Sílvio Ferreira da. *Curso Avançado de Direito Civil*. Vol. 3, Contratos, 2002, p. 33-38.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *O Estado e o Direito na Transição Pós-Moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito*. In *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 30, 1990.

SANTOS, Eduardo Sens dos. *O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais: exame da função social do contrato*. In: *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril-junho, 2002, v. 10.

STRECK, Lenio Luiz. *Súmulas no Direito Brasileiro: eficácia, poder e função*. Porto Alegre: LA, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 199-203.

THEODORO JUNIOR, Humberto. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. v. 7, n.41. Porto Alegre: Síntese, 2006.

WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 359 p.